Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

# XVI.

## Praktiſche Bemerkungen über verſchiedene Rechtsmaterien.

Von Herrn Dr. Seuffert, Profeſſor zu Würzburg.

### I.

### Ueber Handelsuſancen im Verhältniſſe zu Prohibitivgeſetzen.

In Anſehung der Frage, ob ausdrücklichen Geſetzen durch ſpätere Gewohnheiten derogirt werden könne? — habe ich mich ſchon früher für die Anſicht ausgeſprochen, welche zwiſchen Prohibitiv- und Dispoſitiv-Geſetzen unterſcheidet, bei letztern dieſelbe bejaht, bei erſteren ſie verneint [1]). Wohl mochte dieſe Unterſcheidung den Juriſten aus Hadrians Zeit nicht in den Sinn gekommen ſeyn [2]); indem damals das Princip der Demokratie, nach welchem die geſetzgebende Gewalt dem ſouveränen Volke zuſteht, wenigſtens in der Theorie noch galt oder doch geduldet und die verbindende Kraft der Gewohnheit in dem faktiſch erklärten Willen des vielköpfigen Geſetzgebers (tacito consensu omnium) geſucht

1) Erörterungen einzelner Lehren des Röm. Privatrechtes Abth. I. S. 28—30. — Lehrbuch des prakt. Pandektenrechtes, Bd. I. §. 10.

2) Nämlich in Anſehung der Gewohnheiten des römiſchen Volkes. Denn daß Gewohnheiten einzelner Gegenden und Orte den leges nicht zuwiderlaufen durften (worüber wir in fr. 1. pr. de usuris ein Zeugniß Papinians haben), mag ſchon früher gegolten haben, oder — wohl niemals bezweifelt worden ſeyn.

wurde. — Was aber Hadrian's Zeitgenoſſe, Julian [3]), noch geradezu unbedenklich ausſprach: „Quum ipsae leges „nulla alia ex causa nos teneant, quam quod judicio „populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo „scripto populus probavit, tenebunt omnes [4])“ — das beſchönigt Hermogenian, der um Conſtantins Zeit lebte [5]), mit einem „gewiſſermaßen, gleichſam“: „Sed et ea, quae longa consuetudine comprobata sunt, „ac per annos plurimos observata, *velut tacita ci-* „*vium conventio*, non minus, quam ea, quae scripta „sunt jura, servantur“ [6]). — In den Juſtinianiſchen Quellen iſt nicht mehr davon die Rede, daß die Gewohnheit auf einer ſtillſchweigenden Willenserklärung der geſetzgebenden Staatsbürger beruhe; in der gleichförmigen Handlungsweiſe derſelben wird nicht mehr die Abſicht, eine Norm einzuführen oder abzuſchaffen, ſondern vielmehr nur die Anerkennung (comprobatio) einer hergebrachten Norm gefunden. Wenn in §. 9. J. de jure naturali, gentium et civili geſagt wird: „diuturni mores, consensu „utentium comprobati, legem imitantur“ — ſo heißt dies nicht: „Alte Gewohnheiten (Sitten, Gebräuche), welche durch die Zuſtimmung der darnach Handelnden

---

3) In fr. 32. §. 1. de legibus, in welchem die im Texte angeführte Aeußerung Julians vorkömmt, heißt es ganz allgemein: „rectissime et illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur.“

4) Vergl. *Gellius* noct. att. Lib. XI. cap. 18, der von Vorſchriften eines athenienſiſchen Geſetzgebers bemerkt: „Ejus igi- „tur leges, quoniam videbantur impendio acerbiores, „non decreto jussoque; sed tacito, illiteratoque Athe- „niensium consensu obliteratae sunt.“

5) Hugo Geſchichte des Röm. Rechts ed. VIII. S. 794. — Zimmern Geſchichte des Röm. Privatrechts Bd. I. §. 104.

6) Fr. 35. de legibus.

bekräftigt (genehmigt, gutgeheißen) ſind, haben Geſetzeskraft"; — ſondern man muß überſetzen: Alte Gewohnheiten, welche durch die Uebereinſtimmung (consensu) der darnach Handelnden, durch gleichförmige Beobachtung — als Rechtsnormen anerkannt (comprobata [7]) vorliegen, haben Geſetzeskraft. — In Gemäßheit der oben erwähnten Aeußerung des Juriſten Hermogenian kann man annehmen, daß gerade zu Conſtantin's Zeit die republikaniſche Anſicht über die verbindliche Kraft der Gewohnheit, als unverträglich mit dem monarchiſchen Principe, in den Hintergrund trat. Gerade in dieſer Zeit des Uebergangs mochten daher Zweifel darüber entſtehen, ob ausdrücklichen Verordnungen des Geſetzgebers durch Gewohnheit derogirt werden könne?, und Conſtantin hierdurch zu der in C. 2. quae sit longa consuetudo [8]) enthaltenen Entſcheidung veranlaßt werden. Dieſe geſchichtlichen Betrachtungen bekräftigen das Reſultat, welches die grammatiſche Auslegung über den Sinn der C. 2. liefert, nach welchem ſie nämlich die Verneinung jener Frage vollkommen deutlich ausſpricht. Derſelbe Grundſatz iſt in mehreren Stellen des kanoniſchen Rechtes angewandt. [9]) — Obwohl nun Conſtantin ganz allgemein erklärt hat, die Wirkſamkeit der Gewohnheit gehe nicht ſo

---

7) Ueber dieſen Ausdruck vergl. fr. 32. pr. de inoffic. testam.; fr. 7. de bonis libert.; fr. 39. §. 1. de operis libert.

8) Consuetudinis ususque longaevi non vilis auctoritas est: verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem.

9) Cap. 3. X. de consuet.: „Nos igitur attendentes, quod consuetudo, quae canonicis obviat institutis, nullius debeat esse momenti; — concedimus etc." Cap. 10. eod.: — — „(Nos) tenore praesentium declaramus, vos non teneri ad hujusmodi consuetudines observandas." — Cap. 4. eod.: „Consuetudo non potest efficere, ut clericus non episcopus possit exercere ea, quae sunt reservata ordini episcopali (cum diuturnitas temporis peccata non minuat, sed augmentet)."

weit, ut aut rationem vincat aut legem, ſo hat man doch gute Gründe, den Ausſpruch der fraglichen Conſtitution blos auf Prohibitivgeſetze zu beziehen. Es ſei mir vergönnt, hier der Verbindung wegen einige Sätze aus meinen Erörterungen Abth. I. S. 29—30. zu wiederholen. „Das Dispoſitivgeſetz will überhaupt nur in Ermangelung einer andern rechtlichen Beſtimmung gelten, und es liegt ſonach ganz in ſeiner Natur, daß es auch einer jüngern Gewohnheit weicht. Ein ſolches Geſetz will das betreffende Verhältniß nicht abſolut normiren, ſondern nur nicht ohne alle rechtliche Norm laſſen; und indem eine ſolche durch die Gewohnheit feſt begründet wird, iſt das Dispoſitivgeſetz ſeiner Natur nach überflüſſig geworden. Von dem Dispoſitivgeſetze kann man niemals ſagen, „es werde beſiegt“, — weil es nicht kämpft. — Das Prohibitivgeſetz aber will jeden entgegenſtehenden Willen niederkämpfen, und ſo unüberwindlich ſeyn, wie es die kategoriſchen Imperative der Vernunft ſind: darum ſagt der Kaiſer, die Kraft der consuetudo gehe nicht ſo weit, ut aut rationem vincat, aut legem“ [10]). — — Die hier geäußerte Anſicht hat auch tüchtige Auctoritäten für ſich [11]).

---

10) Wenn indeſſen Prohibitivgeſetze lange Zeit hindurch in einer Reihe von Fällen durch öffentliche Handlungen dermaßen bei Seite geſetzt wurden, daß dieſe Außerachtlaſſung der geſetzgebenden Staatsgewalt nicht verborgen geblieben ſeyn kann, und gleichwohl dieſe für Aufrechthaltung des Geſetzes nichts gethan hat, ſo kann angenommen werden, daß die an ſich geſetzwidrige und daher nicht rechtsgültige Gewohnheit die Genehmigung der Staatsgewalt erhalten habe, ſonach wirkſam, und demzufolge das lange vernachläſſigte Geſetz abgeſchafft oder verändert ſey. Vergl. *Hofacker* princ. §. 126. not. b. Auf ſolche Weiſe hat z. B. ein großer Theil der Strafandrohungen der Carolina die Geſetzeskraft verloren.

11) Vergl. *Hofacker* l. c. und §. 122. not. b. Schöman Handbuch des Civilrechts Bd. I. S. 56 ff. Schweppe Röm. Privatrecht ed. IV. §. 34. *Mühlenbruch* doctr. Pandect. §. 38, 39. Zimmern a. a. O. §. 18. S. auch Klöher

Die Streitfrage über die Wirksamkeit der Gewohnheit im Verhältnisse zu ausdrücklichen Gesetzen wird in neuerer Zeit häufig in Processen über Handelsverhältnisse aufgeworfen, indem man sich hierbei auf s. g. Handelsusancen beruft, welche ausdrücklichen Verordnungen der Gesetze zuwiderlaufen. Mir sind z. B. mehrere Fälle vorgekommen, in welchen man, unter Berufung auf Handelsusancen die Unanwendbarkeit des Verbots der lex commissoria behauptet hat. In andern setzte man die Handelsgewohnheit der Vorschrift mancher Partikulargesetze entgegen, zufolge welcher dem Gläubiger nach ausgebrochenem Fallimente des Schuldners der Privatverkauf der Faustpfänder bei Verlust der Forderung untersagt ist. Insbesondre wurde behauptet, die Hinterlegung von Staatspapieren zur Sicherheit empfangener Darleihen sei ein vom Pfandvertrage ganz verschiedenes, eigenthümlich kaufmännisches s. g. Depotgeschäft, auf welches die Prohibitivgesetze, welche den Rechten der Pfandgläubiger gewisse Schranken setzen, nicht anwendbar seyen.

Es können aber, nach meiner Meinung, Handelsusancen dieser Art als Rechtsnormen nicht anerkannt werden. Die Gewohnheit überhaupt hat nach dem Obigen nicht die Macht, den Gesetzen zu derogiren, welche für Rechtsgeschäfte und sonstige auf Rechte bezügliche Handlungen die Beobachtung gewisser Erfordernisse vorschreiben und hierin der Autonomie der Privaten bestimmte Schranken setzen. Die Gewohnheit kann nicht bewirken, daß ein Geschäft erlaubt und gültig sei, welches ausdrückliche Verordnungen der Staatsgewalt für unerlaubt und unwirksam erklären; sie kann die Formen nicht überflüssig machen, durch welche nach der Vorschrift eines Gesetzes die Gültigkeit einer Willenshandlung bedingt ist, sie kann die Normen über das Wesen der einzelnen Rechtsverhält-

---

Revision der Theorie vom Gewohnheitsrechte §§. 22 — 26. — Dagegen hat sich vor Kurzem erklärt Schrader in der Tübinger kritischen Zeitschrift Bd. II. S. 390.

niſſe, wenn ſolche in den Geſetztafeln beſtimmt ſind, nicht aufheben und abändern.

Dieſe von dem Gewohnheitsrechte im Allgemeinen geltenden Grundſätze finden auch auf die ſ. g. Handelsuſançen ihre volle Anwendung. Die Handelsuſançe kann allerdings eine Quelle von Rechtsnormen für Geſchäfte und Verhältniſſe ſeyn, welche der früheren Geſetzgebung unbekannt und den Prohibitivvorſchriften derſelben nicht zuwiderlaufend, in dem neuern Leben des Verkehrs ſich gebildet und entwickelt haben: ſowohl Weſen als Natur ſolcher neugeſtalteten Inſtitute können ihre Beſtimmungen in der Handelsgewohnheit finden. Derſelben kömmt es ferner zu, geſetzliche Regeln, welche die gewöhnlichen Folgen der Verträge feſtſetzen und ohnehin nur inſofern, als im einzelnen Falle nichts Anderes verabredet iſt, zur Anwendung kommen, — nach den Bedürfniſſen einer veränderten Sachlage und nach dem, was in der Handelswelt der Gegenwart bei dergleichen Geſchäften als ſich von ſelbſt verſtehende Norm vorausgeſetzt wird, ſach- und zeitgemäß zu modificiren. Ueberhaupt ſoll die Handelsuſançe vorzüglich zur Erforſchung, Auslegung und Feſtſtellung des ſ. g. tacitum der Handelsgeſchäfte dienen, d. h. der ſtillſchweigenden Vertragsbedingungen, welche zufolge der Umſtände und Verhältniſſe, unter welchen contrahirt worden, ſich nach Vernunft und Recht, nach Treu und Glauben von ſelbſt verſtehen müſſen, und auf die Folgen des Geſchäftes eben ſo viel Einfluß haben, als das ausdrücklich Erklärte, oder dasjenige, was aus der geſetzlichen Natur des Verhältniſſes hervorgeht [12]). — Nach den angegebenen Merkmalen hat die Handelsuſançe einen Wirkungskreis von weitem Umfange und großer Bedeutung; aber es ſind dadurch zugleich

12) Vergl. Reichsabſchiedsanfang von 1761, 5to (Emmingbaus C. j. g. II. S. 375—6). Thibaut im Archiv für civil. Praxis Bd. VI. S. 48 u. f., Heidelberger Jahrbücher 1823. Nr. 55. S. 874. — — mit — Mittermaier Grundſätze des deutſchen Privatrechts §. 31.

die Schranken bezeichnet, über welche hinaus ihr kein Einfluß eingeräumt werden darf. Iſt über eine Rechtsfrage ein abſolut gebietendes oder verbietendes Geſetz vorhanden, ſo kann daſſelbe unter dem Vorwande der Handelsuſançe nicht bei Seite geſetzt werden, und dieſe kann nicht bewirken, daß Geſchäfte und ſonſtige Handlungen, welche die Geſetze verwerfen und für unwirkſam erklären, etwa unter einem andern Namen, einen feſten Platz im Rechtsgebiete uſurpiren [13]).

In Gemäßheit dieſer Grundſätze müßte man z. B. das angeblich eigenthümliche Depotgeſchäft für unerlaubt halten, wenn es unter einer Maske dazu dienen würde, das Verbot der lex commissoria zu umgehen. Wenn das dem Gläubiger ausgehändigte Sicherungsmittel, im Falle der Schuldner zur Verfallzeit nicht Zahlung leiſtet, jenem als Zahlung dienen ſoll, ſo iſt dies grade der durch l. 3. de pactis pign. verbotne commiſſariſche Vertrag. — Daß aber deßwegen weil in der Verabredung zwiſchen Gläubiger und Schuldner das ausgehändigte Sicherungsmittel nicht Pfand, ſondern Depot, Deckung oder Gegenſatz genannt wurde, der Fall des Geſetzes nicht gegeben ſei, wird wohl Niemand im Ernſte behaupten, indem abſolut verbietende Geſetze gewiß nicht durch ein bloßes Spiel der Worte durch eine anſtändige Verkleidung des geſetzwidrigen Beginnens außer Wirkung geſetzt werden können.

Eben ſo wenig kann ein rechtliches Daſein des Depotgeſchäftes anerkannt werden, wenn ſeine Beſonderheit darin beſtehen ſoll, daß der Gläubiger befugt ſei, die deponirten, d. h. verpfändeten Staatspapiere ſelbſt in dem Falle, wenn der Schuldner vor dem Verfalltag fallirt, durch Privatverkauf wegzugeben, oder gar nach dem Tagescourſe für ſich ſelbſt zu behalten, oder ſie in eigner Correſpondenz zu verwenden, und ſodann ſtatt der Nachweiſung eines wirklichen Verkaufes blos

13) Vergl. Gönner über Staatsſchulden und den Handel mit Staatspapieren S. 48, 83—4, 195.

eine Berechnung nach dem Coursblatte zu liefern [14]). Denn a) ſo wenig die Anwendung der Verordnung, welche nach ausgebrochenem Fallimente des Schuldners den Privatverkauf der in den Händen von Gläubigern befindlichen Fauſtpfänder unterſagt oder ihn nur im Falle der Zuſtimmung der übrigen Gläubiger geſtattet [15]), durch frühere Verabredungen zwiſchen dem einzelnen Gläubiger und dem Schuldner gehindert werden kann, weil dieſelbe eine Vorſorge für das gleichmäßige Intereſſe ſämmtlicher Gantgläubiger bezweckt: — eben ſo wenig kann dies die Wirkung einer angeblichen Handelsuſance ſeyn. Vorſchriften dieſer Art haben offenbar die Natur eines Prohibitivgeſetzes. b) Dieſelbe Eigenſchaft hat die Geſetzesvorſchrift, zufolge welcher der Pfandgläubiger die zu ſeiner Befriedigung zu veräußernde Pfandſache nicht ſelbſt kaufen darf, ſofern nicht der Schuldner (oder nunmehr die Gläubigergemeinſchaft) beſonders eingewilligt, oder der Verkauf in gerichtlicher Verſteigerung geſchieht. Cum *sibi* negotium gerat, ſagt in dieſer Beziehung das Geſetz, *alienasse non* videtur [16]). — Die bei Eingehung des Schuldverhältniſſes erklärte Zuſtimmung des Schuldners kömmt hierbei wegen des Verbots der lex commissoria nicht in Betracht [17]). — Daß übrigens die Bezeichnung des dem Weſen nach vorhandenen Pfandvertrages als „kaufmänniſches

14) Mir lagen Gutachten von Handelskammern vor, in welchen dies als das Eigenthümliche des ſ. g. Depotgeſchäftes angegeben war.

15) Vergl. Augsburger Wechſelverordnung Cap. XIV. §. 1; — Frankfurter Wechſelordn. §. 50.

16) Vergl. C. 10. de distract. pign. mit C. 2, 3. si in causa jud., fr. 34. de pign. act. Thibaut Pandektenr. §. 651.

17) Siehe A. D. Weber Verſuche Bd. I. nr. 5. Gönner jur. Abh. Bd. I. n. 7. §. 5; — meine Erörterungen einzelner Lehren des Rfr. Abth. II. S. 98 ff. — A. M. ſind Thibaut a. a. S. §. 649; — Geſterding die Lehre vom Pfandrechte §. 29. S. 202 – 6.

Depotgeschäft« die Anwendung der römischen Gesetze, welche die Rechte des Pfandgläubigers normiren, keineswegs hindern können, ist bereits oben gezeigt worden. Sollten daher auch die Gutachten der Handelskammern der bedeutendsten Handelsplätze die Existenz der gedachten Usance übereinstimmend behaupten, so wäre doch darauf kein Gewicht zu legen. Denn es ist in der That nur ein Verhältniß des gemeinen Rechts unter einem andern kaufmännisch-ausgeprägten Namen in Frage; den Gutachten „verständiger und erfahrner Handelsleute« ist aber nur da Gewicht beizumessen, wo es sich von einem wahrhaften factum mercantile handelt [18]).

## II.

### Ist der Gemeinschuldner nach gehobener Insolvenz und hierdurch beendigtem Concursverfahren an die Proceßführung des Contradictor gebunden?

In den neuesten Zeiten ist es schon öfters vorgekommen, daß Handelsleute, welche in Staatspapieren spekuliren, in Folge politischer Ereignisse, welche plötzlich ein bedeutendes Weichen der Course herbeiführten, fallirten und dem Concursverfahren unterworfen wurden, nach einiger Zeit aber, nachdem durch wiedereingetretenes Steigen der Course die hauptsächlich aus Staatspapieren bestehende Aktivmasse einen den Betrag der Schulden übersteigenden Werth erlangt hatte, in die freie Verfügung über ihr Vermögen wieder eingesetzt wurden. Unter solchen Umständen kann die Frage entstehen, ob der Schuldner nunmehr in Ansehung der Processe, welche der Contradictor im Interesse der Gläubigergemeinschaft mit einzelnen Gläubigern geführt hat, an die Handlungen desselben gebunden sei, ob er z. B. verhindert sei, Einreden oder Rechtsmittel, welche der Contradictor vorzubringen oder

18) Vergl. Reichsabschiedsanfang vom J. 1671, 5to.

zu ergreifen unterlassen hat, nachträglich geltend zu machen oder einzulegen?

Für die Bejahung dieser Frage läßt sich anführen, daß in der Aufgabe des Contradictor die Vertretung des Schuldners liege, daß er die liquidirten Forderungen im Namen des Schuldners und statt desselben gerichtlich zu untersuchen und die Letzterem zustehenden Einreden den Gläubigern entgegenzusetzen habe, daher derselbe auch als ein Vertheidiger und Mandatar des Schuldners zu betrachten sei, und folglich der Schuldner die Folgen der von jenem begangenen Versehen, wie dies jedem Principal in Ansehung der Handlungen und Unterlassungen seines Sachwalters obliege, zu tragen habe [19]). — Dazu kömmt, daß der Gemeinschuldner, welcher nach Hebung seiner Insolvenz die Verfügung über die bisherige Gantmasse wieder überkömmt, hierbei gewissermaßen als Nachfolger der Gläubigergemeinschaft erscheint, und demnach gehalten seyn möchte, die Handlungen und Unterlassungen derjenigen, welchen er succedirt, in ihren Folgen anzuerkennen.

Dennoch aber muß man die bejahende Beantwortung der oben aufgestellten Frage für die richtige halten. — Allerdings mag die Thätigkeit des Contradictor, wenn er seine Amtspflicht getreu und eifrig erfüllt, und wenn es ihm gelingt, die gänzliche Abweisung angemeldeter Forderungen zu bewirken, auch zum Vortheile des Gemeinschuldners gereichen, und insofern erscheint er, nicht sowohl hinsichtlich seiner Aufgabe als vielmehr durch den Erfolg seiner Bemühungen auch als Vertreter des Gemeinschuldners. Allein die Stellung des Letztern zu dem Contradictor ist nicht von der Art,

19) Vergl. Claproth Einleitung in den summar. Processe §. 337 ff.; Dabelow ausführl. Entwicklung der Lehre vom Concurse S. 577; Schweppe System des Concurses der Gläubiger §§. 102—4; — insbesondere auch Mittermaier der gemeine deutsche bürgerliche Proceß in Vergleichung mit dem preuß. und franz. Civilverfahren ꝛc. 3ter Beitrag S. 213—4.

daß man sagen könnte, er sei dessen Principal. Der Contradictor wird nicht von dem Gemeinschuldner, sondern vom Gerichte ernannt, oder von den Gläubigern erwählt [20]; derselbe zieht zwar von dem Gemeinschuldner Information über die einzelnen Schuldverhältnisse ein, aber diesem kömmt es nicht zu, jenem vorzuschreiben, wie er die erhaltene Information benützen und welche Schritte er im Laufe des Liquidationsverfahrens thun oder nicht thun solle. — Eben so wenig ist der Contradictor verbunden, dem Gemeinschuldner über seine Geschäftsführung Rechnung abzulegen. — Demnach ist das Verhältniß des gewöhnlichen Proceßprincipals von dem des Gemeinschuldners zu dem Contradictor durchaus verschieden, und es läßt sich der von jenem geltende Satz, daß die nachtheiligen Folgen der Versäumnisse des Sachwalters den Principal treffen, auf dieses keineswegs anwenden.

Auch kann man nicht zugeben, daß der Gemeinschuldner unter den bezeichnenden Umständen als Nachfolger der Gläubigergemeinschaft anzusehen sei. Jener bleibt auch nach Ausbruch des Concurses Eigenthümer seines bisherigen Vermögens, und zwar so lange, als nicht die Vergantung der einzelnen Bestandtheile geschieht. Die Gläubiger erlangen lediglich das Recht, über das schuldnerische Vermögen zum Behufe ihrer Befriedigung zu verfügen, und so weit es zur Erreichung dieses Zweckes frommt, von den dazu gehörigen Befugnissen Gebrauch zu machen [21]. — Wenn nun die Insolvenz des Gemeinschuldners sich hebt, und dadurch der Concursproceß ein Ende nimmt, so kann man nur sagen, daß eine bisher stattgefundene Beschränkung der Vermögens-

20) Martin Lehrbuch des gemeinen bürgerl. Processes ed. IX. §. 28. — Linde Lehrbuch des Civilproc. ed. II. §. 436; Gensler Commentar zu Martins Lehrbuch, ed. Morstadt Bd. II. S. 254. — Vergl. den revidirten Entwurf einer Proceßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Königreich Baiern §. 475.

21) Dabelow a. a. O. S. 715.

rechte des Cridars wieder aufhöre, keineswegs aber, daß er in dieſen Rechten der Gläubigergemeinſchaft ſuccedire.

Eben darum aber weil dem Gemeinſchuldner während der Verhandlung des Concurſes das Dispoſitionsrecht über die Maſſe, insbeſondere auch deſſen Ausfluß, die Befugniß, Proceſſe wegen ihrer Beſtandtheile zu führen, entzogen war [22]), weil er das Geſchäft, in allen Stadien des Liquidationsverfahrens ſein Intereſſe zu verfechten, dem Contradictor überlaſſen mußte [23]), weil Decrete und Beſcheide nicht ihm, ſondern nur dem Contradictor inſinuirt wurden; — eben darum können Verſäumniſſe, welche der aufgedrungene Vertreter begangen, dem Gemeinſchuldner, nachdem er wieder ſelbſtſtändig geworden, nicht zum Nachtheile gereichen, oder es kann ihm wenigſtens die Wiedereinſetzung in den vorigen Stand — nach Analogie der restitutio ex capite absentiae — ex clausula generali nicht verſagt werden. Er war in der eignen Beſorgung ſeiner Angelegenheiten rechtlich gehindert, und befand ſich ſonach in dem Zuſtande unfreiwilliger Abweſenheit [24]), ſo daß der Lehrſatz Schweppe's (a. a. O. §. 138): »es könne dem Cridar durch den Contradictor nicht geſchadet werden« — ſich auch aus dieſem Geſichtspunkte als gerechtfertigt darſtellt.

---

22) Gensler a. a. O.

23) Man könnte zwar ſagen, dem Cridar ſtehe das Recht der Intervention zu, insbeſondre um den im Concurſe liquidirten Forderungen zu widerſprechen. Vergl. Schweppe a. a. O. §. 96. Allein die Ausübung dieſes Interventionsrechtes wird in den meiſten Fällen dadurch vereitelt, daß ihm die Mittel fehlen, einen rechtskundigen Vertreter zu beſolden, und ihm — gleichſam zur Controlle des Contradictor — ein Officialanwalt nicht beigegeben wird.

24) Vergl. fr. 10. ex quib. caus. majores in den Worten: „si probentur rei suae superesse non potuisse“ — mit fr. 1. §. 1. in fine und fr. 26. §. 9. eod.

## III.

## Ueber die Folgen der Präcluſion, welche im Concursverfahren wegen Verſpätung der Beſcheinigung erkannt wird.

Der deutſche Gerichtsgebrauch, die Hauptquelle des gemeinrechtlichen Concursverfahrens, hat daſſelbe als eine Art des Exekutionsverfahrens (des Gantproceſſes im weitern Sinne des Worts) betrachtet [25]), und daher mag es ſich erklären, daß jenes ſich als eine Art des ſummariſchen Verfahrens ausgebildet hat. — Dieſe Eigenſchaft hat der Concursproceß nicht nur nach der Vorſchrift vieler Partikulargeſetze, ſondern auch nach der gemeinrechtlichen Praxis [26]). Der Charakter des ſummariſchen Verfahrens äußerte ſich aber beſonders dadurch, daß im Liquidationstermine mit der Angabe der Forderungen deren Beſcheinigung verbunden werden ſoll, und daß daher diejenigen Gläubiger, welche ihre Forderungen durch Urkunden beweiſen können, ſolche ſofort mitbringen und dem Concursrichter vorlegen müſſen [27]). — Wenn nun die geſetzlich gebotene Verbindung der Beſcheinigung mit der Anmeldung der Forderung unterlaſſen wurde, ſo kann die Frage entſtehen, ob dieſe Vernachläſſigung nur die eigentliche Präcluſion (d. h. den Ausſchluß von der Maſſe) oder die uneigentliche [28]) (d. h. den gänzlichen Verluſt der Forderung) nach ſich ziehe. — Ich hatte einen Fall zu bearbeiten, in welchem der Vertreter des Gemeinſchuldners auf letztere angetragen und zur Begründung dieſes

25) Mittermaier a. a. O. 175.

26) Claproth a. a. O. §. 3. Dabelow a. a. O. S. 583. Schweppe a. a. O. §. 90. — S. auch Martin a. a. O. §. 324. Linde a. a. O. §. 443.

27) In ſehr vielen Landesproceßordnungen iſt dies vorgeſchrieben. S. auch Claproth a. a. O. §. 361. Dabelow a. a. O. S. 583.

28) Vergl. Schweppe a. a. O. §. 116.

Antrags angeführt hatte, die Sache müſſe ſo betrachtet werden, als habe der Liquidant den (in der Edictalladung vorgeſteckten) Beweistermin verſäumt. — Dieſer Anſicht ſcheint auch Dabelow [29]) beizupflichten, welcher im Falle geſchehener Anmeldung, wenn die Ausführung verſäumt wird, als Strafe des Ungehorſams den gänzlichen Verluſt der Forderung geradeſo eintreten läßt, wie dies im ordentlichen Proceſſe die Folge iſt, wenn man einen aufgelegten Beweis deſert werden läßt.

Vor Allem muß wohl bemerkt werden, daß die Beantwortung der Frage nur inſofern zweifelhaft ſeyn kann, als das in der Edictalladung angedrohte Präjudiz kein beſtimmtes Ziel und Maß gibt, und ſich eine zuverläſſige Deutung desſelben auch nicht aus beſondern Prozeßgeſetzen des Landes [30]) begründen läßt. — Fehlt es nun an einer ſolchen Richtſchnur, ſo muß man es zwar als vollkommen richtig anerkennen, daß eine Abweichung liquidirter Forderungen — aus Gründen, welche nicht in den Eigenthümlichkeiten des Concursproceſſes fußen, ſondern auch in dem ordentlichen Proceſſe zu demſelben Reſultate führen würden, ihre Wirkſamkeit auch nach Ausgang des Concurſes äußere, und dem Schuldner, wenn er ſpäter von dem abgewieſenen Gläubiger nochmals belangt wird, den Schutz der exceptio rei judicatae verſchaffe. War z. B. in dem Concursverfahren ein Interlocut erlaſſen und ein Beweistermin vorgeſteckt, ſo zieht die Verſäumung dieſes Beweistermines von Seite des Gläubigers den gänzlichen Verluſt ſeiner Forderung nach ſich [31]). — Verweigert ein Liquidant die Abſchwörung eines ihm von dem Contradictor zu- oder zurückgeſchobenen Eides, ſo wird derſelbe nicht blos von der Concursmaſſe präcludirt, ſondern

29) An a. O.

30) Vergl. z. B. Cod. jud. bav. XIX. §. 5.

31) Claproth a. a. O. §. 450.

auch der Schuldner in Ansehung der betreffenden Forderung von jedem weiteren Anspruche befreit [82]).

Anders verhält sich aber die Sache, wenn die Abweisung oder vielmehr der Ausschluß eines Liquidanten aus Motiven erfolgt, die von den besondern Eigenschaften des Concursprocesses hergenommen sind, wenn der Liquidant sich die Abweisung durch Versäumnisse zugezogen hat, welche nur in dieser Art des Verfahrens vorkommen. Der Endzweck des Concursprocesses besteht darin, daß die vorhandene Activmasse, so weit sie reicht, unter den Gläubigern, deren Ansprüche liquid vorliegen, in Gemäßheit der Prioritätsordnung vertheilt werde. Die Besonderheiten desselben sind hiernach darauf gerichtet, so schleunig, als es sich mit der Gründlichkeit verträgt, auszumitteln, welche Forderungen in dem Prioritätsurtheile einen Platz erhalten, und an welchem Platze sie zur Vertheilung der vorhandenen Activmasse concurriren mögen. Dieser Richtung entsprechend, hat der Ungehorsam, bei dem gegen die eigenthümlichen Normen des Concursverfahrens gefehlt wird, nur die Folge der Präclusion, d. h. die betreffende Forderung wird bei Vertheilung der vorhandenen Activmasse nicht berücksichtigt. — Die processualischen Ungehorsamsstrafen sollen überhaupt das materielle Rechte nicht weiter beengen und schmälern, als es nothwendig ist, um die Erreichung des Zweckes, welcher gewissen Proceßvorschriften zu Grunde liegt, sicher zu stellen. Wollte man nun einen Gläubiger, weil er nur den besondern Regeln des Liquidationsverfahrens hinsichtlich der schleunigen Bewahrheitung der angemeldeten Forderung nicht genüget, mit dem gänzlichen Verluste seines Rechtes bestrafen, so wäre dem formellen Rechte ein Opfer gebracht, welches nicht von ihm gefordert ist, und sich daher auch nicht rechtfertigen läßt. — In Folge dieser Grundsätze muß man behaupten, daß eine Versäumniß der in Frage befindlichen Art nur die

32) Schweppe a. a. O. §. 130. no. 4.

eigentliche Präcluſion, d. h. den Ausſchluß von der Gantmaſſe nach ſich ziehe [33].

## IV.

### Beitrag zur Lehre von der Rathertheilung (consilium).

Die Lehre von der Rathertheilung iſt in neuern Zeiten ſehr eifrig bearbeitet worden. Aber alle, dieſen Gegenſtand betreffenden Abhandlungen haben es nur mit dem Privatrechte zu thun, insbeſondere mit der Frage, unter welchen Umſtänden der Rathende ausnahmsweiſe für den Erfolg ſeines Rathes einzuſtehen verbunden ſei? [34] — Hier ſoll von den Wirkungen des Rathes in proceſſualiſcher Hinſicht geſprochen, nämlich die Frage erörtert werden, ob die Ertheilung eines Rathes den Rathenden unfähig mache, ſpäter das Richteramt in derſelben Sache zu verwalten?

Das Spruchcollegium, deſſen Mitglied ich bin, hatte über dieſe Frage in folgendem Rechtsfalle zu entſcheiden. — Bei Auseinanderſetzung einer Lehensſucceſſion übernahm einer von ſechs Brüdern das angefallene Gut, und zahlte jedem

---

33) Claproth a. a. O. § 382.

34) Thibaut Verſuche Bd. I. no. 6. Schömann im Handbuche des Civilrechts Bd. II. S. 233—6. Geſterding alte und neue Irrthümer S. 197—208. Neuſtetel im Archiv für civ. Praxis Bd. II. no. 4. Hepp ebendaſelbſt Bd. XI. no. 3. Der Letztere behauptet, der Rath mache ſchon dann für den aus der Befolgung erwachſenden Schaden verantwortlich, wenn der Berathene ohne den Rath nicht würde gehandelt haben. Zur Rechtfertigung dieſer Behauptung beruft er ſich auf fr. 6. §. 5. mandati. Allein der Anwendung der hier aufgeſtellten Norm auf die bloße Rathertheilung ſteht entgegen, daß das Mandat bei den Romern eine Form der Intercеſſion war (neque multum referre, praesens quis interrogatus fidejubeat, an absens mandet; fr. 32 eod.), und daß gerade dieſe Eigenſchaft den Rechtsgrund jener Norm bildet. S. übrigens Geſterding a. a. O. S. 204 ff.

der fünf Uebrigen zur Abfindung die Summe von 4000 Rthlr. hinaus. Dabei war ausgemacht, daß wenn einer der Letzteren ohne Leibeserben sterben würde, die ihm gezahlte Abfindungssumme an die überlebenden Brüder zurückfallen solle. — Nun starb einer der Brüder — mit Hinterlassung von drei durch Rescript des Landesherrn plene legitimirten Kindern. Es entstand die Frage, kann eine Nachkommenschaft dieser Art zu den Leibeserben — im Sinne jenes Vertrags gezählt werden? — Die überlebenden Brüder wandten sich mit dieser Frage an die Juristenfacultät zu N., von welcher sie eine mit Zweifels- und Entscheidungsgründen wohl ausgestattetes Gutachten erhielten, in dem die Anfrage mit „Nein" beantwortet und die Meinung geäußert war, daß sich die Fragesteller im Falle des Processes mit den Kindern des verstorbenen Bruders eines obsieglichen Urtheils mit gutem Grunde versehen könnten. — Hierauf klagten die Brüder von R. gegen ihre erwähnten Neffen bei der Regierung zu Y. auf Herausgabe der bezeichneten Abfindungssumme, ohne jedoch das eingeholte Gutachten zu den Akten zu geben. Nach Verhandlung der Sache wurden sie mit ihrer Klage abgewiesen. In der Läuterungsinstanz wurden die Akten von der Regierung an dieselbe Juristenfacultät gesandt, welche früher das den Klägern günstige Gutachten ertheilt hatte, und nunmehr — — das dieselben abweisende Urtheil — bestätigte! Die Rechtsausführung blieb fast ganz dieselbe, nur hatten Zweifels- und Entscheidungsgründe ihre Plätze gewechselt. Die Kläger verbanden nun mit der Oberleuterung die Nichtigkeitsbeschwerde, indem sie jetzt das ihnen früher ertheilte Gutachten vorlegten und den Umstand, daß der Richter zuvor in derselben Sache Rath ertheilt hatte, als Grund der Nichtigkeit geltend machten. — Wir haben diese Nichtigkeitsbeschwerde als unstatthaft zurückgewiesen, und unsern Ausspruch folgendermaßen gerechtfertigt: 1) Es gibt kein Gesetz, nach welchem eine Person (eine ein-

zelne oder ein Collegium [35]), welche in einer Rechtsſache der einen Parthei Rath ertheilt, deßwegen unfähig ſeyn ſoll, in derſelben Rechtsſache ſpäter das Richteramt zu verwalten. Man beruft ſich zwar auf C. 6. pr. de postulando, wo es heißt: „Quisquis vult esse causidicus, non idem in eo„dem negotio sit advocatus et judex; quoniam aliquem „inter arbitros et patronos oportet esse delectum.“ Eine ähnliche Aeußerung findet ſich in C. 14. in fine de adsessor.: „Eidem poenae (decem librarum auri) quidem „subjiciendo etiam eo vel eis, qui in his causis, qua„rum patrocinium adepti sunt, quibusque advocationem „suam praestiterunt, adsessionem cujuscunque magi„stratus colore audeat vel audeant vindicare, *ne af„fectionis suae vel advocationis memor, incorrupti „judicis non posset nomen perferre.*“ Vergl. auch fr. 17. de jurisdict. cap. 36. X. de appellat. — Allein die Anwendung dieſer Geſetzſtellen auf den angegebenen Fall iſt deßwegen unſtatthaft, weil nicht behauptet werden kann, daß die Juriſtenfacultät zu N. in dieſer Rechtsſache früher das Geſchäft eines Advokaten geführt, daß ſie das patrocinium causae übernommen habe. — Der Advokat tritt durch Führung einer Rechtsſache zu ſeinem Clienten in ein beſonderes Pflichtverhältniß [36]), er verpflichtet ſich, in der ihm übertragenen Sache der einen Parthei als Rechtsbeiſtand zu dienen, er mußte nach den röm. Geſetzen in jeder Sache eidlich verſprechen, für ſeinen Clienten mit höchſtem Eifer, mit

35) Bei Collegien iſt auch der Umſtand nicht ohne Bedeutung, daß die einzelnen Mitglieder wechſeln, und die Nachfolger an die Anſichten ihrer Vorfahrer nicht gebunden ſind. — Bei der Juriſtenfakultät zu N. war indeſſen in der Zeit zwiſchen der Ertheilung des Gutachtens und der Abfaſſung des Urtheils, ſoviel man wußte, ein ſolcher Perſonenwechſel nicht eingetreten.

36) Die Verletzung dieſer Pflicht (praevaricatio — im uneigentlichen Sinne) iſt mit Strafen bedroht. Fr. 1. §. 1. de praevaricatione.

Aufbietung aller seiner Kräfte und Kenntnisse thätig zu seyn [37]), und seine Dienstleistung hat unmittelbaren Einfluß auf die gerichtliche Verhandlung. Der Advokat entwickelt dem Richter die Ansprüche oder Vertheidigung seines Clienten, und muß eben deßwegen eine vom Richter verschiedene Person seyn. Die Handlungen oder Unterlassungen der Advokaten sind für die von ihm vertretene Parthei verbindlich, er kann dafür verantwortlich werden, und würde demnach, wenn er über die Folgen jener seiner eignen Handlungen oder Unterlaßungen selbst zu richten hätte, zugleich Richter in eigner Sache seyn. — Alle diese Merkmale finden sich nicht bei demjenigen, welcher außerordentlich um seine Meinung befragt, diese geäußert hat und nun später zum Richteramte in derselben Sache gerufen wird. — Er war nicht, wie der Advokat zu der einen Parthei in ein dem Mandate ähnliches Verhältniß getreten, er hat nicht, wie dieser, im Gerichte selbst das Recht der einen Parthei vertheidigt, und das bloße Rathertheilen begründet für den Rathenden keine Verantwortlichkeit. „Nemo ex consilio obligatur, etiamsi non expediat ei, cui dabatur: quia liberum est cuique, apud se explorare, an expediat sibi consilium“ [38]).

So wenig aber eine direkte Anwendung der angeführten Gesetze auf den Fall eines bloßen consilium zuläßig ist, eben so wenig kann

2) eine analoge Anwendung gerechtfertigt werden. Zwar möchte es scheinen, als ob der angegebene Grund der C. 14. cit.: „ne affectionis suae vel advocationis memor, incorrupti judicis nomen non posset perferre“ — eben so gut auf den Fall passe, wenn der in einer Sache zum Richteramt Berufene, früher in derselben Sache ein Rechtsgutachten ertheilte. Allerdings mag auch in diesem Falle

37) C. 14. §. 1. de judiciis.

38) Fr. 2. in fine, mandati. Vergl. fr. 47. de reg. juris. S. Gesterding und Neustetel a. a. O.

nicht zu erwarten ſeyn, daß die ſucceſſiv in doppelter Eigenſchaft thätige Perſon ihre früher geäußerte Meinung bei Ertheilung des Richterſpruches ändern werde. Aber wenn bei dem Advokaten zu beſorgen iſt, daß er zu Gunſten der früher von ihm vertretenen Parthei „*affectionis* suae vel „*advocationis* memor“ entſcheiden werde, ſo iſt vielmehr von dem ganz unpartheiiſchen Reſpondenten, zumal wenn dieſer ein Spruchcollegium iſt, deſſen Mitglieder die Frageſteller von Perſon gar nicht bekannt ſind, — mit vollem Vertrauen anzunehmen, daß er nur darum auf ſeinem frühern Ausſpruche beharren werde, weil ſolcher nach reifer allſeitiger Prüfung der Sache aus ſeiner innigſten Ueberzeugung hervorging. — Demnach würde eine Gleichheit des Grundes für beide Fälle nicht zu behaupten ſeyn. Nun wird aber durch bloße Aehnlichkeit der Gründe die analoge Anwendung nicht gerechtfertigt. Trefflich hat dies ausgeführt Thibaut in ſeiner Theorie der logiſchen Auslegung §. 17. — Daß die Theorie Thibaut's vollkommen richtig ſei, dies hat ſich in dem oben dargeſtellten Rechtsfalle durch die ſeltene Unpartheilichkeit der Juriſtenfacultät zu N. auf eine recht anſchauliche Weiſe erprobt. Wie ſehr würde man dieſem Collegio Unrecht gethan haben, wenn man die Gültigkeit des von ihm verfaßten Leuterungsurtheils zufolge analoger Anwendung der C. 14. cit. hätte bezweifeln wollen. Denn zu ſeinem Ruhme ſei's geſagt: „Consilii sui et responsi immemor incorrupti judicis nomen pertulit.“

3) Wäre aber wirklich ein Geſetz vorhanden, welches die Anfechtung eines Urtheils geſtattete, wenn der Richter zuvor in derſelben Sache ein Rechtsgutachten ertheilt hatte; ſo würde man doch ein ſolches Geſetz, ohne demſelben Gewalt anzuthun, auf Fälle, wie der vorgetragene iſt, nicht anwenden können. Denn die Befugniß der Anfechtung würde hier nach der zweifelloſen Abſicht des Geſetzgebers nur demjenigen zukommen, zu deſſen Nachtheil ſowohl das Gutachten als auch in Folge deſſen Urtheil ausfiel. Lediglich zum Vortheil

der durch die Partheilichkeit des Richters gefährdeten Parthei würde ein solches Gesetz anwendbar seyn, und es wäre höchst verkehrt und gesetzwidrig, dasselbe zu dessen Nachtheil anzuwenden [39]).

4) Auch auf den Gerichtsgebrauch hat man sich zur Rechtfertigung der Nichtigkeitsbeschwerde berufen. Allein der zum Behufe der Nachweisung angeführte *Leyser* med. ad Pand. spec. 465, med. 13. behauptet keineswegs, daß das von einer Juristenfacultät eingeholte Urtheil blos deßwegen nichtig sei, weil dasselbe Collegium früher ein Rechtsgutachten ertheilte. Er nimmt vielmehr die Nichtigkeit nur in dem Falle an, wenn zugleich das fragliche Spruchcollegium von der einen Parthei perhorrescirt worden war.

Daß aber ein Richter, welcher der einen Parthei mit Rath oder Gutachten an die Hand gegangen war, von der andern mit Erfolg perhorrescirt werden könne, unterliegt wohl keinem Zweifel.

## V.

### Zur Lehre von der Lex Anastasiana.

Mühlenbruch (von der Cession §. 53. ed. II. S. 535) lehrt: „die gesetzliche (in der Lex Anastasiana enthaltene) „Beschränkung fällt weg, wenn die Natur des Geschäfts „eine genaue Ausmittlung der Summe, welche für die abgetretene Forderung bezahlt würde, unmöglich macht; also, „wenn eine universitas nominum cedirt ist, „und vollends wenn eine universitas juris Gegenstand des „Handels war."

Der Lehrsatz Mühlenbruchs kann nach dem angegebenen Grunde nur von dem Falle verstanden werden, wenn der gezahlte Kaufpreis zwar nicht den Gesammtbetrag der

39) Arg. fr. 25. de legibus. Thibaut Theorie der log. Auslegung §. 24.

cedirten Forderungen erreicht, aber doch den Betrag der einzelnen eingeklagten Forderung überſteigt oder doch demſelben gleichkömmt. In ſolchem Falle iſt es immer zweifelhaft, ob nicht der Ceſſionar dieſe einzelne Forderung bei der Offerte des Geſammtpreiſes nach ihrem vollen Betrage angeſchlagen, hingegen die übrigen Forderungen für wenig oder gar nichts geachtet habe; und hiernach iſt es allerdings richtig, daß nach der Natur des Geſchäftes eine genaue Ausmittlung der Summe, welche für die einzelne abgetretene Forderung bezahlt wurde, unmöglich ſei. Eben deßwegen iſt die Anwendung der Lex Anastasiana ausgeſchloſſen.

Ganz anders verhält ſich die Sache in Fällen, in welchen der für die universitas nominum bezahlte Geſammtpreis ſelbſt den Betrag der einzelnen in Frage befindlichen Forderung nicht erreicht [40]). Hier iſt jedenfalls das gewiß, daß nicht einmal für dieſe einzelne Forderung deren voller Betrag, und daß für dieſelbe nicht mehr als die Summe des Geſammtkaufpreiſes entrichtet worden ſei. So weit dieſe Gewißheit reicht, ſteht der Anwendung der Anaſtaſianiſchen Verordnung nichts im Wege, und der Ceſſionar kann von dem einzelnen Schuldner auf keinen Fall mehr fordern, als er für die Geſammtheit der Forderungen bezahlt hat. Wollte man hier den ganzen Betrag der einzelnen Forderung zuerkennen, ſo würde es gewiß ſeyn, daß der Ceſſionar von dem Schuldner mehr bekäme, als er dem Cedenten für dieſe Forderung bezahlt hat, und augenſcheinlich iſt es, daß die Anaſtaſianiſche Verordnung dadurch geradezu verletzt würde.

Indeſſen kann doch in ſolchen Fällen der debitor cessus keinen größeren Abzug in Anſpruch nehmen, als denje-

40) Vorliegende Bemerkung iſt durch einen Rechtsfall veranlaßt, in welchem eine Forderung von 12000 Rthlr., die mit mehrern andern um den Geſammtpreis von 200 Rthlr. eingekauft war, nach dem vollen Betrage eingeklagt, und die Unanwendbarkeit der lex Anastasiana unter Berufung auf den angeführten Lehrſatz Mühlenbruchs behauptet wurde.

nigen, welcher durch die Differenz ſeiner Schuld und des gezahlten Geſammtpreiſes beſtimmt wird. Denn wenn gleich für dieſen Geſammtpreis auch noch andre Forderungen abgetreten wurden, ſo iſt doch ſo viel ungewiß, ob der Ceſſionar dieſe anderen Forderungsrechte auch nur in einigen Anſchlag gebracht, und ob er nicht etwa den Handel nur aus Rückſicht auf die einzige in der Geltendmachung begriffene Forderung abgeſchloſſen habe. Dieſe Ungewißheit begränzt, ganz Mühlenbruchs Lehrſatze gemäß, die Anwendung der Anaſtaſianiſchen Verordnung in der Art, daß es vom Schuldner nicht geſtattet werden kann, den gezahlten Geſammtpreis pro rata auch auf die übrigen mitcedirten Forderungen zu beziehen, und ſo den ihm zukommenden Abzug zu vergrößern. Er iſt zwar nicht verbunden, mehr als den vom Ceſſionar entrichteten Geſammtpreis zu bezahlen, aber dieſen ganz zu bezahlen, kann er ſich nicht weigern.

## VI.

## Zu den Lehren von der Compenſation und der Rechnungsablage.

Ich hatte früher in dieſem Archive (Bd. III. S. 195—198) die Behauptung zu rechtfertigen geſucht, daß eine Forderung, welche zunächſt auf Rechnungsablage über eine Geſchäftsführung gerichtet iſt, zur Compenſation mit einer Geldforderung nicht gebraucht werden könne [41]). Dieſe Rechtfertigung beruht durchaus auf privatrechtlichen Gründen, nämlich auf der Regel, daß die zu compenſirenden Forderungen auf Gegenſtände gleicher Art gerichtet ſeyn müſſen [42]), und auf der Nachweiſung, daß bei der Verbindlichkeit zur Rech-

41) Vergl. Rechtsgutachten und Entſcheidungen des Spruchcollegii der Univerſität Heidelberg, herausgegeben von Martin S. 273 ff.

42) Vergl. fr. 5. pr. de impensis in res dotales; C. 6. de rei vind.; l. 4. de compens. — Thibaut Pandekt. §. 998.

nungsablage die faciendo beſtehende Berechnung ein Hauptgegenſtand der zu machenden Leiſtung (nicht blos Mittel zum Zwecke) ſei. — Aus dieſen rein privatrechtlichen Erwägungen iſt das Reſultat gezogen: „daß auch im ordentlichen „Proceſſe einer Geldforderung eine andere, deren Quantum „erſt durch eine Rechnungsablage des Klägers gefunden werden muß, nicht entgegengeſtellt werden könne.“

Dieſe kurze Ausführung wurde nun von dem ſeligen Gensler (Archiv Bd. III. S. 199—210) ſo aufgefaßt, als hätte ich behauptet, daß die Einrede der Compenſation im ordentlichen Proceſſe, wäre ſolche auch ſofort mit der Vernehmlaſſung vorgeſchützt worden, ad separatum zu verweiſen ſei, wenn die Anerkennung derſelben von einer ſchwierigen Beweisführung abhängt. Dieſe Behauptung galt ihm als eine proceſſualiſche Ketzerei, und er ſäumte nicht, den heiligen Eifer für Recht und Wahrheit, welcher ihn beſeelte, in einer zur Widerlegung meines Aufſatzes beſtimmten Abhandlung zu bethätigen. — Mir würde es nicht in den Sinn gekommen ſeyn, erſt nach 8 Jahren (und 7 Jahre nach Genslers Tode) über dieſes Mißverſtändniß öffentlich zu ſprechen, wenn nicht dasſelbe in ein neueres Buch übergegangen wäre, welchem verdientermaßen ein großes Publikum zu Theil geworden iſt. Ich meine Linde's Lehrbuch des Civilproceſſes. In dem §. 194 desſelben (oder §. 224 der zweiten Ausgabe) iſt in der Note 4 der zweifellos richtige Lehrſatz ausgeſprochen: „Illiquide peremtoriſche Einreden können, im ordentlichen „Verfahren, nicht zur beſondern Ausführung verwieſen „werden.“ Hierauf werden Geſetze und Schriftſteller angeführt, und nun heißt es: — „Dagegen Seuffert im A. f. c. Pr. Bd. III. S. 195 ff.;“ ſo daß jeder Leſer der Note annehmen muß, ich allein hätte die originelle Lehre vorgetragen, daß auch im ordentlichen Verfahren die peremtoriſchen Einreden wegen Illiquität zur beſondern Ausführung verwieſen werden müßten. Ich habe aber dies weder im Allgemeinen, noch insbeſondere hinſichtlich der Einrede der Com-

pensation gelehrt. Meine Argumentation fußt einzig und allein auf dem privatrechtlichen Satze, daß die Compensation nur zwischen Forderungen auf Gegenstände gleicher Art statt findet; wie dies auch am Schlusse des fraglichen Aufsatzes ausdrücklich hervorgehoben ist. Derselbe hat durchaus keine Seite, nach welcher man gegründete Veranlassung finden könnte, ihn in einem Proceßlehrbuche zu allegiren.

Nachdem nun die Sache einmal wieder zur Sprache gebracht ist, sei es mir erlaubt, einige Bemerkungen über den Inhalt der Gensler'schen Widerlegung beizufügen. — a) Ich hatte zur Rechtfertigung der Behauptung, daß bei der Rechnungsablage die in faciendo bestehende Berechnung zum Hauptgegenstande der Leistung gehöre, auf mehrere Stellen aus den Pandektentiteln de conditionibus et demonstrationibus und de statu liberis Bezug genommen. Hierauf äußerte Gensler: „Was soll nun aber dieses und alles andere, was »der Pandektentitel: de conditionibus et demonstratio»nibus und de statu liberis enthalten, in der Lehre von dem »processualischen Gebrauch der exceptio compensationis? »Welcher Sprung aus dem Rechtsgebiete bedingter Legate, »und aus den gesetzlichen Normen, »»wie und wann jene Be»dingungen zu erklären und zu erfüllen sind,«« — in das Ge»biet des Beweises zerstörender Einreden. Hier hat der da»mit sich schützende Beklagte außer dem Beweis der »Wahrheit seiner Einrede weder etwas zu leisten noch zu »geben.« — Allein der Sprung war wirklich nicht so groß, auch glaube ich damit auf festen Boden gekommen zu seyn. Der processualische Gebrauch einer Einrede, durch welche die Tilgung der eingeklagten Forderung behauptet wird, setzt offenbar voraus, daß die privatrechtlichen Bedingungen des geltendgemachten Tilgungsgrundes vorhanden sind. Bei der Compensation besteht ein Haupterforderniß in der Gleichartigkeit des Gegenstandes der beiderseitigen Forderungen. — Wenn nun die Art und Natur des Gegenstandes einer Forderung, mit welcher compensirt werden will,

in Frage iſt, ſo liegt wohl nichts näher, als die Rückſicht auf Geſetzſtellen, in welchen die Art und Natur des betreffenden Rechtsobjektes beſtimmt iſt. Daß dieſe Stellen nicht gerade in dem Abſchnitte des Geſetz- oder Rechtsbuches ſtehen, welcher unmittelbar von dem fraglichen Tilgungsgrunde oder deſſen proceſſualiſcher Geltendmachung handelt, iſt doch wahrlich gleichgültig. Denn ein Rechtsobjekt kann in den verſchiedenartigſten Verhältniſſen vorkommen, ohne daß ſich deſſen Natur verändert. Beſtimmungen und Aeußerungen über die allgemeine Natur desſelben, mögen ſie bei dieſer oder jener Gelegenheit vorgetragen ſeyn, ſind daher überall anwendbar, wo eine Entſcheidung von dieſer allgemeinen Natur abhängt. — In den von mir angeführten, aus den Titeln de conditionibus et demonstrationibus und de statu liberis entnommenen Fragmenten iſt die Natur der Rechnungsablage als eines Rechts-Objektes, als eines Gegenſtandes der Obligation, dermaßen beſtimmt, daß ſie gegenüber dem Gelde, als ex pari genere nicht angeſehen werden kann. — Rationum reddendarum conditio, quod ad *reliqua* quidem attinet, in *danda pecunia* consistit, quod autem ad ipsa volumina rationum tradenda, percontandasque et examinandas rationes, et dispungendas atque excutiendas, *factum* habet [43]). — Ita enim incipit quidem res a facto, pervenit autem ad pecuniam [44]). — Bei Geldſchulden iſt aber die Forderung ſchon von Anfang an und allein auf ein Geben gerichtet. Daher iſt eine Forderung, welche zunächſt auf Rechnungsablage gerichtet iſt, und ſich erſt nach Erfüllung dieſer nächſten Hauptleiſtung zu einem Anſpruche auf Herausgabe einer beſtimmten Summe Geldes geſtalten kann, nicht geeignet, einer geradezu auf das Geben einer beſtimmten Summe Geldes gerichteten Forderung gegenüber die Compenſation zu begründen. Iſt eine Forderung der letztern Art Gegenſtand

43) Fr. 6. §. 7. de statu liberis.

44) Fr. 82. de condit. et demonstr.

der Klage, der Beklagte aber will dagegen eine zunächst auf Rechnungsablage gehende Forderung geltendmachen, so kann dies nur auf der Wiederklage geschehen [45]); hat er sie nur zum Zwecke der Einrede der Compensation vorgebracht, so muß diese Einrede, gleichviel ob die Klage noch einer weitern Beweisführung bedarf, oder nicht, zur besondern Ausführung verwiesen werden. b) Gensler lehrt: »Schützt der Beklagte exceptionem compensationis vor, »und bezieht sich dabei auf eine vom Kläger ihm schuldige »Berechnung, so hat letztere lediglich und allein die »Natur eines Beweismittels, und die Grundsätze von »der Edition der Urkunden kommen zur Anwendung.« — Diese Lehre entspricht weder der Natur der Sache noch den Bestimmungen der Gesetze. Denn a) wenn die schuldige Berechnung zur Begründung der exceptio compensationis blos als Beweismittel dienen soll, so müßte der Betrag der Gegenforderung der Summen noch genau angegeben seyn. Allein bei der Rechtsfrage, auf welche sich mein mehrerwähnter Aufsatz bezieht, handelt es sich gerade von Fällen, in welchen der Beklagte einen Betrag seiner — zum Zwecke der Compensation — angebrachten Gegenforderung nicht angegeben hat, sondern die Ausmittlung desselben erst von der geforderten Rechnungsablage erwartet. Dies erhellt sowohl aus dem Eingange des gedachten Aufsatzes, als besonders aus der Vergleichung mit den Heidelberger Rechtsgutachten no. V., welche die Streitverhandlung zwischen Gensler und mir veranlaßt haben. β) Wenn die Gesetze jeden, der fremdes oder gemeinschaftliches Vermögen verwaltet oder sonstige Geschäfte eines Andern führt, zur Rechnungsablage verbindlich machen [46]),

---

45) Vergl. hierüber Bethmann-Hollweg im rhein. Museum, Jahrgang II. S. 262.

46) Fr. 46. §. 4. de procurat.: „Procurator, ut in caeteris (quoque) negotiis gerendis, ita et in litibus ex bona fide rationem reddere debet."

ſo iſt bei Erfüllung dieſer Verbindlichkeit die Stellung der Rechnung (quae in faciendo consistit) nicht blos Mittel des Beweiſes, ſondern Gegenſtand der Obligation. Wenn nun der Beklagte in Bezug auf ein von der Klage verſchiedenes Verhältniß, in welchem der Kläger ſeine, des Beklagten oder gemeinſchaftliche Geſchäfte führte, eine ſchuldige Berechnung fordert, ohne den ihm aus der Berechnung gebührenden Betrag jetzt ſchon angeben zu können, ſo iſt der Fall jener Geſetze, nach welchen die Rechnungsablage Gegenſtand der Obligation iſt, allerdings gegeben; und hieran kann durch den Umſtand, daß der Beklagte ungeſchickter Weiſe ſeine Gegenforderung zur Begründung einer exceptio compensationis benützt hat, gewiß nichts geändert werden. — γ) In fr. 89. §. 2. de reg. juris bemerkt Pomponius: „Inter edere et reddi rationes multum interest.“ Gensler ſcheint die beiden Fälle mit einander verwechſelt zu haben. Allerdings iſt in den Geſetzen ſehr häufig von edere rationes in einem Sinne die Rede, nach welchem die rationes nur als Beweismittel erſcheinen [47]). Hier iſt es, wo die Grundſätze von der Edition der Urkunden zur Anwendung kommen. Aber ein Fall dieſer Anwendung iſt nicht gegeben, wo, wie in meinem von Gensler bekämpften Aufſatze vorausgeſetzt iſt, das „*reddere* rationes“ als Gegenſtand der Obligation gefordert wird.

Aus der vorliegenden Ausführung ergibt ſich übrigens, daß Haſſe ganz Recht hat, wenn er in ſeiner Abhandlung über die Compenſation und ihre Liquidität [48]) bemerkt, daß die zwiſchen dem ſeligen Gensler und mir geführte Discuſſion auf den Gegenſtand ſeiner ebenerwähnten Abhandlung kein ſonderliches Licht verbreitet habe. Denn die Unterſuchung der Frage, ob eine zum Zwecke der Compenſation vorgebrachte Gegenforderung wegen Illiquidität zur beſondern Aus-

47) Vergl. fr. 4—10. de edendo; C. 1. 5. 6. 8. eod.
48) Archiv für civ. Prax. Bd. VII. no. 9. S. 149.

führung zu verweiſen ſei, war der Sphäre meines Aufſatzes ganz und gar fremd. Nur Gensler hatte dieſe Unterſuchung eingemiſcht, und dadurch den Standpunkt der früheren Verhandlung ganz verlaſſen.

# XVII.

## Beiträge zur Lehre vom Pfandrechte.

Von Herrn Dr. Müller, Privatdocenten in Gießen.

### I.

### Was hat der offerirende Pfandgläubiger zu zahlen.

Bekanntlich kann der nachſtehende Pfandgläubiger ſich gegen den vorſtehenden ſowohl, als gegen alle, welche in die Rechte des Creditors eingetreten ſind, des juris offerendi bedienen. Ebenſo iſt es eine ausgemachte Sache, daß der, das pro offerendi exercirende, Pfandgläubiger nur dann an die Stelle des abzufindenden treten könne, wenn er dieſen gänzlich befriedigt hat, weil das Pfandrecht auch ſelbſt für den kleinſten Theil der Schuld ganz fortdauert. Daß er ihm mehr, wie die Pfandſchuld und ihre Acceſſionen bezahlen müſſe, ſcheint weder aus der Natur der Sache, noch aus einzelnen Geſetzen hervorzugehen. Wenn gleichwohl v. Wening-Ingenheim [1]) ſagt: „in jedem Falle werde volle Befriedigung des „Gläubigers, ſo weit ſich ſein Pfandrecht und etwa auch das Retentionsrecht auf die Sache erſtreckt, „nothwendig“; ſo dürfte dieſe Behauptung keinen hinreichenden Stützpunkt haben. Ihr ſteht im Gegentheile die c. unic.

1) Lehrbuch des gemeinen Civilrechts (3te Auflage) §. 181.